



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 166 del 2021, proposto da Eco Elpidiense s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Nunzio Sforza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sant'Elpidio a Mare e Provincia di Fermo, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimo Ortenzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maurizio Discepolo in Ancona, via Matteotti, 99;

Provincia di Fermo – SUA, non costituita in giudizio;

nei confronti

CICLAT Trasporti Ambiente Società Cooperativa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della “*Comunicazione di esclusione ex art. 76, comma 5, lett. b del D.Lgs. 50/2016*” trasmessa dalla Provincia di Fermo, Stazione Unica Appaltante, in data

18/02/2020, prot. n. 2517, e del verbale di gara n. 1 della Commissione allegato alla stessa, prot. partenza n. 3834 del 16/02/2021, entrambi relativi alla gara a procedura aperta per l'affidamento in appalto della “*Gestione integrata dei servizi di igiene ambientale e altri servizi complementari nel Comune di Sant'Elpidio a Mare*”, CIG: 8341300284;

- in caso di accoglimento del terzo motivo di ricorso, anche del chiarimento n. 6 del 22/07/2020 fornito dalla Stazione Appaltante;

e per il consequenziale annullamento/inefficacia di ogni atto prodromico e/o successivo comunque connesso alla disposta esclusione della ricorrente dalla gara in questione, tra cui il riscontro dell'istanza di autotutela trasmesso dalla SUA in data 10/03/2021, prot. n. 3746;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Elpidio a Mare e della Provincia di Fermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto l'art. 25 del DL n. 137/2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021 la dott.ssa Simona De Mattia e rilevato che la stessa si è tenuta mediante collegamento da remoto con l'utilizzo della piattaforma “Microsoft Teams”;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente società Eco Elpidiense s.r.l. è operatore uscente, a seguito di aggiudicazione della precedente gara, nella gestione del servizio di raccolta dei rifiuti e degli ulteriori servizi complementari presso il Comune di Sant'Elpidio a Mare.

La stessa ha partecipato alla gara indetta dalla Provincia di Fermo, mediante la

Centrale di Committenza S.U.A., per l'affidamento della gestione integrata dei servizi di igiene ambientale e degli altri servizi complementari nell'anzidetto Comune, per la durata di un quinquennio.

L'oggetto dell'appalto, come definito nella *lex specialis*, comprende una prestazione principale (per €7.604.058,35) e due secondarie (rispettivamente per € 232.423,40 e per €187.304,00); una delle due prestazioni secondarie concerne, per una parte, lavori.

In data 18 febbraio 2021, la ricorrente ha ricevuto la comunicazione di esclusione qui gravata, motivata sull'assunto che la concorrente avesse inserito elementi concernenti il prezzo nell'offerta tecnica e che tale irregolarità fosse tale da determinare l'esclusione della ditta dalla gara, come peraltro previsto dal disciplinare ai paragrafi 15 e 21; in particolare, la ricorrente ha presentato, a corredo dell'offerta tecnica - come richiesto a pagina 48, punto 8.1, della Relazione tecnica di progetto - il computo metrico estimativo in relazione alla prestazione secondaria "Adeguamento ecocentri e realizzazione centro del riuso", sebbene nel Chiarimento n. 6 reso su richiesta di altro concorrente in merito alla modalità di presentazione dei progetti di adeguamento dei centri di raccolta comunali e di realizzazione del centro del riuso all'interno dell'offerta tecnica, la stazione appaltante avesse rielencato gli elaborati minimi da allegare, non inserendo più il listino prezzi e il quadro economico e "sostituendo" il computo metrico estimativo con quello non estimativo.

Nonostante l'informativa di ricorso inoltrata dalla Eco Edilpiense con richiesta di rivedere il provvedimento di esclusione, la SUA della Provincia di Fermo è rimasta ferma sulle proprie posizioni.

Di qui il presente ricorso, affidato ai seguenti motivi di diritto:

- dall'esame della comunicazione di esclusione, del verbale allegato (entrambi sub doc. n. 9 allegato al ricorso) e della reiezione dell'istanza di autotutela (sub doc. n. 11 allegato al ricorso), si evincerebbe che l'esclusione è stata disposta per decisione della sola Commissione di gara e non invece del RUP - come avrebbe dovuto

essere - le cui valutazione e sottoscrizione mancherebbero del tutto;

- illegittimità della disposta esclusione in quanto la stessa sarebbe il frutto di un'interpretazione formalistica del divieto di commissione tra offerta tecnica e offerta economica. Ciò in quanto la ricorrente ha prodotto nell'offerta tecnica il computo metrico estimativo relativo alla sola prestazione secondaria "Adeguamento ecocentri e realizzazione centro del riuso", unica comportante anche lavori, che, tenuto conto dell'importo assolutamente residuale nell'economia dell'intero appalto, in alcun modo avrebbe potuto determinare la conoscenza o conoscibilità dell'offerta economica complessiva presentata da Eco Elpidiense, corrispondente al ribasso applicato appunto per l'intero appalto. Peraltro, i prezzi indicati nel computo metrico corrisponderebbero per lo più ai valori del prezzario regionale attualmente in vigore, generalmente applicati per lavorazioni di questo tipo. In particolare, nel computo metrico (sub doc. n. 7 allegato al ricorso) sono state indicate n. 98 voci, di cui n. 74 desunte dal prezzario regionale e n. 24 relative a nuovi prezzi, non previsti nel predetto prezzario ma generalmente applicati per lavorazioni dello stesso genere. Inoltre, oltre al fatto che nel medesimo computo metrico non è presente il ribasso praticato e lo stesso attiene alle sole migliorie relative alla sotto-voce "D1" del Progetto Gestionale (sub doc. n. 2 allegato al ricorso, pag. 33), il peso dell'offerta economica è di soli 20 punti su 100, mentre gli ulteriori 80 punti sarebbero assegnati per l'offerta tecnica, di cui n. 3 per la voce "Qualità e completezza dei Progetti di adeguamento dei Centri di Raccolta Comunali e di Realizzazione del Centro del Riuso";

- il provvedimento di esclusione sarebbe affetto da errore di motivazione, atteso che nelle disposizioni della *lex specialis* richiamate nella comunicazione di esclusione e nell'allegato verbale (art. 7 del disciplinare telematico che richiama il paragrafo 16 del disciplinare di gara, nonché paragrafo 15 del medesimo disciplinare di gara) e poste esplicitamente a fondamento dell'esclusione, la dicitura indicata "*Offerta Tecnica composta da: 1) Relazione Tecnica + Autodichiarazione*

Offerta Tecnica; 2) Computo Metrico di Raffronto Non Estimativo” in realtà non esisterebbe. Né il provvedimento di esclusione farebbe riferimento al Chiarimento n. 6, che, oltre a non prevedere alcuna clausola di esclusione per l’irregolarità in argomento, sarebbe anch’esso illegittimo per avere radicalmente e inammissibilmente modificato la richiesta della *lex specialis* in merito ai documenti da produrre in sede di gara;

- in ogni caso e in subordine, scusabilità dell’errore in cui è incorsa la ricorrente, chiaramente indotto dalla stazione appaltante e dalla chiara e inequivoca formulazione della legge di gara.

2. Si sono costituiti in giudizio, per resistere, il Comune di sant’Elpidio a Mare e la Provincia di Fermo.

3. Con ordinanza n. 121 del 16 aprile 2021, il Tribunale ha accolto l’istanza di concessione di misure cautelari “*ai soli fini dell’ammissione con riserva della ricorrente alle successive fasi della procedura di gara*”, nel contempo fissando, per la trattazione del merito, la pubblica udienza del 7 luglio 2021, all’esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Giova premettere che, come documentato dal Comune con l’ultimo deposito avvenuto in data 6 luglio 2021, all’esito dell’ammissione con riserva della ditta Eco Edilpiense la gara è stata svolta con la sua partecipazione e si è conclusa con la formazione della graduatoria finale che la vede collocata al terzo posto.

Nel corso della discussione alla pubblica udienza del 7 luglio 2021 (cfr., relativo verbale), il difensore delle Amministrazioni ha eccepito la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso in assenza di impugnazione dell’anzidetta graduatoria. Il difensore della ricorrente ha invece insistito per la permanenza dell’interesse alla decisione, sia rilevando che l’aggiudicazione non è ancora intervenuta, sia rappresentando che gli effetti della disposta ammissione con riserva in sede cautelare si consoliderebbero solo all’esito di una pronuncia di merito favorevole e che la ditta intende conservare la propria posizione in graduatoria.

5. Tanto premesso, il Collegio reputa di doversi pronunciare nel merito, ritenendo

sussistente l'interesse della ricorrente alla decisione, per le condivisibili ragioni dalla stessa chiarite.

Il ricorso è fondato e va accolto per la fondatezza dei motivi secondo e terzo (nei termini che si andranno a chiarire) il cui carattere assorbente esime il Collegio dall'esame delle restanti censure, nonché dal dar seguito alle istanze istruttorie formulate dalla ricorrente in corso di causa.

5.1. Riguardo al secondo motivo, il Collegio non ha motivo per discostarsi dal principio giurisprudenziale, fatto proprio anche da questo Tribunale, secondo cui il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica va apprezzato in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concluzione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581; 18 gennaio 2021, n. 544; sez. V, 7 settembre 2020, n. 5370; TAR Lazio Roma, sez. II, 12 marzo 2021, n. 3062; TAR Lombardia Milano, sez. IV, 13 novembre 2020, n. 2170; TAR Puglia Bari, sez. I, 6 novembre 2020, n. 1384; TAR Marche, 30 giugno 2016, n. 425).

L'indicazione di elementi economici tra la documentazione costituente l'offerta tecnica, infatti, risulta, in alcuni casi, insuscettibile di inquinare la valutazione della commissione giudicatrice, come, ad esempio, quando le voci e le entità economiche incluse nell'offerta rivestono portata quantitativamente marginale a fronte delle voci e delle entità del computo metrico estimativo a base di gara, oppure quando, pur trattandosi di voci di entità rilevante, vengono riportate al lordo del ribasso che è possibile conoscere solo dall'esame dell'offerta economica (cfr. TAR Marche, n. 425 del 2016, che a sua volta richiama Cons. Stato, Sez. VI, n. 5928/2012; TAR

Marche n. 334/2015; TAR Sardegna, Sez. I, n. 390/2013; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 25894/2010; TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 2393/2007).

Applicando i suesposti principi al caso in esame, può dirsi che l'inserimento da parte della ricorrente del computo metrico estimativo nella busta contenente l'offerta tecnica - in disparte la considerazione che esso è dipeso da una espressa richiesta della *lex specialis*, successivamente modificata in sede di chiarimento - non consente di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza e neppure negli aspetti economicamente significativi, né quindi a condizionare le valutazioni del seggio di gara e la sua obiettività di giudizio.

In primo luogo va osservato che il computo metrico estimativo in questione riguarda la sola prestazione secondaria "Adeguamento ecocentri e realizzazione centro del riuso", che incide, nell'economia dell'intero appalto (€7.604.058,35 per prestazione principale + € 231.423,40 per prestazione secondaria "Manutenzione del verde stradale - sfalcio strade comunali e risagomatura delle piante" + € 187.304,00 per prestazione secondaria "Adeguamento ecocentri e realizzazione centro del riuso"), solo per detto ultimo importo di €187.304,00.

In secondo luogo si osserva che la maggior parte dei prezzi inseriti nel computo metrico (siano esse 74 voci di computo su 98, come sostenuto dalla ricorrente, ovvero 32 voci di lavorazione su 49, come sostenuto dalle resistenti) sono stati desunti dal prezzario regionale in vigore e riportati al lordo del ribasso, che la Commissione ha potuto conoscere solo aprendo la busta contenente l'offerta economica. Per quanto invece attiene ai nuovi prezzi non contenuti nel prezzario regionale, anche a voler ipotizzare che essi siano quelli effettivamente praticati al cliente (quindi al netto del ribasso), la loro incidenza (per complessivi € 168.252,00), sebbene sia superiore alla metà dell'importo complessivo del computo (di € 287.951,48), attiene comunque a una quota minimale rispetto all'importo a base d'asta relativo all'intero appalto, non potendo quindi costituire elemento utile per dedurre anticipatamente e con un apprezzabile margine di precisione, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, l'entità dell'offerta economica.

Ciò peraltro è pienamente confermato dagli esiti stessi della gara, che hanno visto la ricorrente collocarsi solo al terzo posto della graduatoria, con evidente smentita anche delle argomentazioni difensive delle Amministrazioni resistenti, nella parte in cui è stato sottolineato il peso dei punteggi relativi alla riqualificazione degli ecocentri all'interno del merito tecnico al fine di dimostrare l'idoneità dell'offerta della ricorrente ad influenzare il giudizio della Commissione.

Da ultimo va osservato che la Relazione tecnica di progetto, a pagina 48, punto 8.1, ha richiesto che il progetto dei lavori a cui l'impresa avrebbe dovuto provvedere a proprie spese avrebbe dovuto essere corredato, tra l'altro, dai seguenti "elaborati minimi": computo metrico estimativo, elenco dei prezzi unitari e quadro economico, e a tanto la ditta Eco Edilpiense si è attenuta. La giurisprudenza amministrativa, peraltro, ha ritenuto ammissibile una tale disciplina di gara, evidenziando che, quando essa *"richiede o permette soluzioni migliorative, la cui tecnicità richieda necessariamente anche esami di tipo aritmetico o l'indicazione di parametri dei costi o, ancora, comparazioni rispetto a prezzi di mercato o listini ufficiali, ne viene che fatalmente (come è stato qui) l'offerta tecnica va a dover contenere alcuni elementi di rilievo economico, al limite indici indiretti di prezzi. Il che, nel limite della ragionevolezza e delle proporzionalità, non vulnera il principio generale di separatezza delle due offerte. Infatti diversamente si dovrebbero ritenere a priori precluse tutte le formulazioni dell'offerta tecnica – e, a maggior ragione, le richieste di formulazioni dell'offerta tecnica a opera della lex specialis – che prendano in considerazione siffatti parametri economici: mentre ne ricorre il divieto solo nel caso in cui quel limite sia concretamente superato e dunque dall'offerta tecnica si possa agevolmente desumere l'offerta economica, con conseguente lesione effettiva della separatezza dell'offerta tecnica dall'offerta economica"*, concludendo che *"una sommatoria di poco superiore a un terzo del complesso delle lavorazioni non può dar luogo a una previa conoscenza dell'importo globale dell'offerta economica: dunque ad una vera anticipazione*

dell'offerta economica fatta in sede di offerta tecnica" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 703/2016, richiamata da TAR Marche, sentenza n. 425 del 2016, citata).

5.3. Riguardo al terzo motivo, esso è fondato nella parte in cui è volto a censurare l'illegittimità del Chiarimento n. 6, per avere esso inammissibilmente modificato la richiesta della *lex specialis* in merito ai documenti da produrre in sede di gara.

Al riguardo si evidenzia che, per principio giurisprudenziale pacifico, deve escludersi che l'Amministrazione, a mezzo di chiarimenti autointerpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara; i chiarimenti sono invero ammissibili nella sola misura in cui contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, giungano ad attribuire ad una disposizione del bando un significato e una portata diversi e maggiori di quanto risulti dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 maggio 2020, n. 2984).

Nel caso in esame, oltre a non esservi alcuna incertezza nelle previsioni della legge di gara oggetto di chiarimento, è palese che la stazione appaltante, con il Chiarimento n. 6, ne abbia modificato i contenuti. In tal caso, pertanto, non può non applicarsi il principio secondo cui le univoche clausole del bando nel loro contenuto originario prevalgono rispetto ai chiarimenti successivi della stazione appaltante, quando questi ultimi eccedono i margini esegetici e presentano contenuti sostanzialmente modificativi della *lex specialis* di gara (*ex multis*, T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 6 maggio 2019, n. 2435).

5.4. Per tutto quanto esposto, il ricorso è fondato e va accolto e, per l'effetto, gli atti impugnati vanno annullati. Ciò comporta il consolidamento degli effetti del provvedimento cautelare n. 121 del 2021 e la definitività dell'ammissione della ricorrente alla gara, con ogni conseguenza ai fini del suo valido inserimento nella graduatoria.

5.5. Il carattere assorbente delle censure innanzi esaminate consente al Collegio di

prescindere dallo scrutinio delle ulteriori doglianze.

6. Sussistono i presupposti per la compensazione delle spese del giudizio tra le parti, avuto riguardo al fatto che, in ogni caso, il Chiarimento n. 6 è stato pubblicato prima che la ricorrente presentasse la propria offerta e che la presente controversia avrebbe potuto verosimilmente essere evitata con l'utilizzo di una maggiore diligenza.

6.1. Va invece disposto il recupero del contributo unificato nei confronti delle soccombenti Amministrazioni; ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis.1, del D.P.R. 30.5.2002 n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), infatti, *“L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza”*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate e contributo unificato rifiuto ex art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. 30.5.2002 n. 115.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021 con l'intervento da remoto dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Giovanni Ruiu, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Simona De Mattia

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO